

**Controle do risco, imputação objetiva e legalidade penal: um ensaio sobre os requisitos de legitimidade das técnicas de reenvio no Direito Penal**

*Rodrigo José dos Santos Amaral*

**Como citar este artigo:** AMARAL, Rodrigo José dos Santos. Controle do risco, imputação objetiva e legalidade penal: um ensaio sobre os requisitos de legitimidade das técnicas de reenvio no Direito Penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 69-94, 2020. DOI: [10.46274/1809-192XRICP2020v6p69-94](https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2020v6p69-94).



# CONTROLE DO RISCO, IMPUTAÇÃO OBJETIVA E LEGALIDADE PENAL: UM ENSAIO SOBRE OS REQUISITOS DE LEGITIMIDADE DAS TÉCNICAS DE REENVIO NO DIREITO PENAL<sup>1</sup>

*RISK CONTROL, OBJECTIVE IMPUTATION AND CRIMINAL LEGALITY: AN ESSAY ON THE LEGITIMACY REQUIREMENTS OF CRIMINAL LAW REFERENCE TECHNIQUES*

Rodrigo J. S. Amaral

*Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ); Especialista em Ciências Criminais e Segurança Pública pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)*

**Data de recebimento:** 02/09/2020

**Data de aceite:** 19/11/2020

**Última versão do autor em:** 02/09/2020

**Área:** Direito Penal

## **Resumo:**

O presente artigo versa sobre questões que envolvem o princípio *nullum crimen sine lege* e as técnicas de reenvio no direito penal, que representam modernamente um ponto de aparente tensão. Partindo da premissa que todo poder estatal deve ser justificado para ser considerado jurídico, investiga-se os fundamentos do princípio da legalidade penal em um Estado de Direito. Para estabelecer critérios de aferição de legitimidade nos tipos penais que contêm técnicas de reenvio, utiliza-se a teoria da imputação objetiva como parâmetro de comparação. Este estudo foca nos aspectos formais da redação legal dos tipos penais, ficando em aberto o conteúdo da norma remetida.

---

<sup>1</sup> Versão modificada do artigo de conclusão da disciplina “Direito Penal Econômico”, ministrada pelo Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza no PPGD da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 2018.

**Palavras-chave:**

Legalidade; Tipicidade; Risco permitido.

**Abstract:**

This article deals with issues involving the *nullum crimen sine lege* principle and reference techniques in criminal law, which modernly represent a point of apparent tension. Based on the premise that all state power must be justified to be considered legal, the grounds of the *nullum crimen* principle in the rule of law are investigated. To establish criteria for the measurement of legitimacy in criminal types containing reference techniques, the theory of objective imputation is used as a benchmark. This study focuses on the formal aspects of the legal writing of criminal types, leaving open the content of the legal source of the reference technique.

**Keywords:**

Legality; Typicity; Allowed risk.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Um panorama geral sobre as técnicas de reenvio no direito penal; 3. Exposição da controvérsia; 4. Os fundamentos do princípio da legalidade penal; 5. Enfrentamento do problema; 6. O âmbito de aplicação do teste proposto; 7. A remissão a atos administrativos e a reserva legal penal; 8. Sobre o conteúdo remetido; 9. Conclusão.

**1. Introdução**

Direito penal clássico *versus* direito penal moderno. Tutela de bens jurídicos individuais, em regra por delitos de lesão *versus* tutela de bens de natureza coletiva, não raro por meio de delitos de perigo. Criminalidade individual *versus* criminalidade organizada por meio de estruturas complexas. Liberdades individuais *versus* medidas preventivas de segurança. Análises dessa natureza têm sido frequentes<sup>2</sup> quando se trata de versar sobre assuntos que envolvam tipos penais mais recentes, frequentemente de caráter econômico ou empresarial.

Se esse tipo de abordagem no enfrentamento do tema é correto ou errado, não cabe aqui responder. Em vez disso, o objeto deste estudo é a análise das denominadas técnicas de reenvio em matéria penal, que têm sido cada vez mais usadas pelo legislador, simbolizando uma das

---

<sup>2</sup> Vide, por exemplo: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed., rev. e atual. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 145 e ss.

formas características de redação de tipos penais em matéria econômica de uma forma geral. Trata-se de uma tendência que tem como fundamento uma suposta necessidade de delimitar o conteúdo do injusto de condutas com um elevado grau de especialização, fazendo com que seja preciso ancorar-se em critérios estabelecidos por quem, em tese, é especialista no assunto<sup>3</sup>.

O presente estudo segue o seguinte roteiro: primeiramente, uma breve exposição sobre as técnicas de reenvio e suas respectivas particularidades (1). Após, é exposta a natureza da discussão sobre a legitimidade das citadas técnicas à luz do princípio da legalidade penal (2). Com isso, o próximo passo é a análise dos fundamentos do *nullum crimen sine lege* para um Estado de Direito (3). Assim, torna-se possível avaliar não só se as técnicas de reenvio respeitam os postulados da legalidade penal, mas quais requisitos devem estar presentes para que isso seja possível (4). Ver-se-á, em seguida, a capacidade de rendimento da proposta aqui apresentada (5). Por fim, serão necessárias algumas palavras, de forma superficial, sobre a reserva legal penal e a remissão a atos administrativos (6), bem como o problema do conteúdo remetido pela técnica de reenvio (7).

## 2. Um panorama geral nas técnicas de reenvio no Direito Penal

Resumidamente, a doutrina brasileira normalmente reconhece quatro<sup>4</sup> técnicas de reenvio no direito penal: (i) a lei penal em branco; (ii) o tipo aberto; (iii) o elemento normativo do tipo; (iv) a remissão a atos administrativos concretos.

A *lei penal em branco* e o *tipo aberto* são espécies do gênero *lei penal incompleta*, tendo em vista tratarem-se de tipos penais cujo preceito primário é incompleto *per se*. Ou seja, o conteúdo da totalidade do desvalor da conduta delitiva não se encontra na simples descrição do texto do tipo penal, necessitando assim de uma forma de complemen-

---

<sup>3</sup> GUARAGNI, Fábio André. Norma penal em branco, tipos abertos, elementos normativos do tipo e remissões a atos administrativos concretos. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014, p. 33.

<sup>4</sup> Por exemplo: GUARAGNI, Fábio André. Op. cit., 2014, p. 19; HORTA, Frederico. Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal, de Fábio Guaragni e Marion Bach. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 131, p. 483-494, 2017, p. 483.

tação. É justamente na forma de preenchimento do conteúdo do tipo que se diferencia a lei penal em branco do tipo aberto: na primeira, o complemento vem de outra norma, enquanto no último esse complemento é realizado pelo próprio jurista que fará a hermenêutica do texto legal<sup>5</sup>. Um exemplo de lei penal em branco é a figura típica de emissão irregular de conhecimento de depósito ou “warrant”, disposto no artigo 178 do Código Penal (CP), que pune quem “emitir conhecimento de depósito ou warrant, *em desacordo com disposição legal*”. O conteúdo do injusto, nesse caso, é complementado pela Lei 11.076/2004<sup>6</sup>. É por isso que o ato de emitir conhecimento de depósito ou warrant não constitui um injusto *per se*, sendo necessário que o verbo seja realizado em desacordo com o regulado pela Lei 11.076/2004.

A figura do tipo aberto, por sua vez, é objeto de controvérsia. O termo vem da proposição de Welzel<sup>7</sup> em diferenciar tipos abertos e fechados, em que os primeiros enumeram objetivamente todos os pressupostos da ilicitude, enquanto os segundos não indicam *per se* o conteúdo inteiro do injusto, demandando, assim, um complemento. Para o autor, os tipos abertos possuem algum elemento a ser averiguado na antijuridicidade<sup>8</sup>, mediante características especiais do dever jurídico, como, por exemplo, o delito de coação previsto no § 240 do Código Penal alemão<sup>9</sup>, pois existem hipóteses de coação adequadas

<sup>5</sup> Nesse sentido, GUARAGNI, Fábio André. Op. cit., p. 28.

<sup>6</sup> Cujo artigo 14 dispõe, *in verbis*: “Incorre na pena prevista no art. 178 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal aquele que emitir o CDA e o WA em desacordo com as disposições desta Lei”.

<sup>7</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 86-87.

<sup>8</sup> Para o professor alemão, existem tipos abertos cuja complementação é feita em termos deduzidos pela lei (como a “posição de garante” ou o “cuidado necessário no tráfico”), que, pela objetividade inerente à complementação, não se diferenciam muito dos tipos fechados. Por outro lado – prossegue Welzel –, existem tipos abertos em que falta esse critério objetivo. É justamente nesta segunda constelação de casos que o professor alemão dizia ser necessária a averiguação do elemento normativo na antijuridicidade. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. 4ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 81-82.

<sup>9</sup> O dispositivo é similar ao constrangimento ilegal, contido no art. 146, CP. A redação do dispositivo alemão assim dispõe: “Quem coage ilegalmente uma pessoa, mediante violência ou ameaça de um mal sensível, a agir, tolerar ou omitir é punido com pena de prisão até três anos ou multa” (tradução livre do original: “Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem

ao Direito<sup>10</sup>. Os adeptos da teoria dos tipos abertos incluem neste rol os delitos culposos<sup>11</sup> e os omissivos<sup>12</sup>, por exemplo. Roxin<sup>13</sup>, por outro lado, nega a existência de tipos abertos, tendo em vista que, se o tipo penal constitui um juízo provisório acerca do desvalor da conduta, não pode esse ser neutro a respeito da característica de injusto da conduta subsumida. A segunda posição parece ser a correta, na medida em que um juízo de tipicidade sempre indicará, mesmo que provisoriamente, o desvalor jurídico-penal da conduta, que consiste na ameaça ao valor tutelado pela norma, sendo inviável pensar numa conduta típica que seja neutra do ponto de vista axiológico. Portanto, em que pese o fato que os delitos culposos e omissivos demandam um exercício hermenêutico para o preenchimento de seu significado, não é correto concluir que tais casos não encerram um juízo valorativo, mesmo que heurístico, já no nível da tipicidade. Ademais, de qualquer forma o juízo valorativo a nível de tipicidade sempre será provisório, pois uma conduta só será considerada ilícita após o exame da antijuridicidade.

Prosseguindo com a exposição, *elemento normativo do tipo* é tudo aquilo que precisa ser interpretado por meio de uma norma jurídica ou cultural<sup>14</sup>, não sendo possível recorrer a uma descrição simples para a sua valoração<sup>15</sup>. Um exemplo de elemento normativo do tipo penal é o termo “instituição financeira”, contido em diversas figuras delitivas<sup>16</sup> da Lei 7.492/1986, que regula os crimes contra o sistema financeiro

---

empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötig, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft”).

<sup>10</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal...* op. cit., p. 87. O próprio tipo penal, conforme visto na nota anterior, exige que a coação seja realizada “ilegalmente” (“rechtswidrig”).

<sup>11</sup> GUARAGNI, Fábio André. *Op. cit.*, p. 29-30.

<sup>12</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal...* op. cit., p. 88.

<sup>13</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general, tomo I**: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. da 2ª ed. Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, p. 298.

<sup>14</sup> HORTA, Frederico. **Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo**: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 27-28.

<sup>15</sup> MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: parte general. Trad. Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 147.

<sup>16</sup> Para dar um exemplo, *in verbis*: “Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio”.

nacional. Além disso, a condição de “funcionário público” contida em muitos delitos<sup>17</sup> contra a administração pública também é um elemento normativo do tipo, assim como o termo “drogas” contido nos crimes da Lei 11.343/2006<sup>18</sup>.

Por fim, há a *remissão a ato administrativo concreto*. Como o próprio nome sugere, trata-se da técnica de fazer referência a algum ato administrativo (licença, vedação, autorização, entre outros) na redação do tipo penal<sup>19</sup>. Um exemplo está contido no artigo 29 da Lei 9.605/98, que tipifica o ato de “matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, *sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida*”. Para fins de esclarecimento, pense, por exemplo, no ato de matar um animal silvestre: para o juízo de tipicidade, será necessário analisar se a conduta fora realizada sem permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com tal ato.

### 3. Exposição da controvérsia

O *modus operandi* das técnicas de reenvio – o deslocamento de algum elemento do tipo penal para fora da redação literal do dispositivo – é objeto da seguinte controvérsia: essa metodologia não seria contraditória com o paradigma da legalidade penal?<sup>20</sup> Horta<sup>21</sup>, por exemplo, aduz que essas técnicas “são evidentes pontos de tensão na relação entre a tipicidade e a legalidade.” Ao transferir parte do conteúdo da tipicidade para um dispositivo diverso, estaria o legislador violando a proibição de indeterminação? Além disso, todas as técnicas de reenvio devem ser tratadas da mesma forma, ou as suas diferenças demandam aferições de diferentes qualidades?

<sup>17</sup> Tais figuras típicas estão contidas a partir do artigo 312, CP. Por exemplo, *in verbis*: “Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”.

<sup>18</sup> Por exemplo, *in verbis*: “Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

<sup>19</sup> GUARAGNI, Fábio André. Op. cit., p. 42.

<sup>20</sup> Cf. ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. **Dos crimes contra a ordem econômica**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 50, que defende um uso prudente dessas técnicas diante do perigo de violação dos postulados da legalidade penal.

<sup>21</sup> HORTA, Frederico. Op. cit., p. 483.

E mais: nos casos de remissão para normas administrativas, ocorre violação à reserva legal? O fato de haver transferência de parte do conteúdo do injusto penal para a norma administrativa acarreta a violação, por exemplo, das questões inerentes à separação de poderes<sup>22</sup>? Além disso, em razão de os diversos Entes da Federação serem competentes para dispor sobre normas administrativas de natureza ambiental, questiona-se se essa falta de uniformidade seria ilegítima não só sob o prisma da legalidade, mas também da isonomia<sup>23</sup>, tendo em vista a possibilidade de uma conduta ser concretamente proibida em um Estado da Federação e, ao mesmo tempo, permitida em outro.

A presente investigação não tem como escopo esgotar os problemas listados acima, o que seria inadequado pelo pouco espaço disponível. Em vez disso, o objetivo é contribuir para o debate apontando, ao menos, um norte para futuras respostas adequadas acerca dessas questões. Com isso, é preciso refletir sobre a *ratio* da legalidade penal para, após, observar os caminhos possíveis para a resolução desses problemas. Em outras palavras, a partir daqui o primeiro passo é definir o porquê de a atuação estatal em âmbito penal dever estar limitada à mais estrita noção de legalidade.

#### 4. Os fundamentos do princípio da legalidade penal

Atribui-se ao princípio da legalidade penal quatro elementos constitutivos: lei prévia, escrita, estrita e certa<sup>24</sup>. Lei prévia equivale à

<sup>22</sup> Problema apontado por LOBATO, José Danilo Tavares. *Direito penal ambiental e seus fundamentos*: parte geral. 1ª ed. 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012, p. 40.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 43-44.

<sup>24</sup> “*Sub specie juris*, não existe crime ‘sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal’. *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*. A lei penal é, assim, um *sistema fechado*: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser *suprida* pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos ‘princípios gerais do direito’, ou pelo *costume*.” (grifos no original). HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal, vol. 1, tomo I**: arts. 1º a 10. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 13. Isso constitui ponto pacífico na doutrina, podendo-se citar, adicionalmente, mas sem pretensões de exaurimento: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 17ª ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 112-116; SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal**: volume único. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 60-61; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 21-25; STORNINI, Natalia S. Consecuencias del principio “*nullum crimen nulla poena sine lege*”. **Revista jurídica argentina La Ley**: derecho penal: doctrinas esenciales 1936-2010, p. 1111-1123, 2011, p. 1113.

irretroatividade *in malam partem* da lei penal, prescrevendo só ser possível a aplicação da lei penal quando essa for anterior ao cometimento do delito, salvo nas hipóteses em benefício do agente<sup>25</sup>. O postulado da lei escrita estabelece que a validade da norma penal (crimes e penas) só é verificada quando esta for escrita, estando vedada a aplicação de analogia para ampliar o alcance da lei. A lei estrita proíbe a criação de tipos penais e penas por meio do direito costumeiro. Por fim, a lei certa estabelece o postulado da proibição de indeterminação, o que significa que está proibida a criação de normas penais de significado incerto, duvidoso ou indeterminado. Para ter uma reflexão mais exata sobre o conteúdo do princípio da legalidade penal e a razão desses postulados, é preciso refletir sobre os seus fundamentos.

Uma primeira constelação de autores defende o *princípio da culpabilidade como fundamento da legalidade*<sup>26</sup>. Aqui, o raciocínio é que só pode haver culpabilidade quando presente o conhecimento da norma violada por parte do agente, levando à conclusão de que a legalidade seria necessária para a constituição da culpabilidade. Apesar do acerto dessa correlação, a culpabilidade não pode ser fundamento da existência do princípio da legalidade penal. Em primeiro lugar, por ser possível ter ciência de uma proibição que não seja lei escrita – por exemplo, anúncios pelos meios de comunicação, cartazes em vias públicas, entre outros. Em segundo lugar, fica pendente de justificativa a existência da lei certa na cominação de penas, haja vista que, se fosse a legalidade mera condição para a formação da culpabilidade, não parece necessária a determinação da pena correspondente ao delito. É possível, inclusive, sustentar o contrário: uma cominação indeterminada permitiria ao magistrado mais espaço para a fixação de uma reprimenda que seja proporcional ao delito cometido<sup>27</sup>.

Em segundo lugar, há teses que *interligam a legalidade penal com o princípio democrático ou a divisão de poderes*<sup>28</sup>. Nessa linha, seria a legalidade

<sup>25</sup> Art. 5º, XL, CRFB/88 e art. 2º, CP.

<sup>26</sup> Criticamente, BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 46-47; GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. 1ª ed. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015, p. 187-188.

<sup>27</sup> Sustentando que o princípio da legalidade “vai mais longe que as exigências do princípio da culpabilidade”, AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios penais**: da legalidade à culpabilidade. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 86.

<sup>28</sup> Cf. REALE JR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 36.

inerente às noções de democracia e divisão de poderes, tendo em vista que só lei federal pode regular matéria penal. Essa construção também possui defeitos irremediáveis: não esclarece por qual razão estão proibidas a retroatividade e a analogia *in malam partem*. Adicionalmente, é possível a existência de uma norma em sentido amplo que seja anterior, taxativa, estrita e escrita, mas não editada pelo Poder Legislativo Federal. Por fim, não seria correto afirmar a legalidade como elemento exclusivo dos regimes democráticos, pois também é possível, em tese, o respeito de todos os postulados da legalidade em um Estado não democrático, bastando, para isso, somente a vontade do detentor do poder político. Portanto, inexistem elementos que indiquem uma relação necessária entre legalidade e divisão de poderes ou democracia.

Uma terceira corrente sustenta que *a legalidade existe para proteger a confiança dos cidadãos na segurança jurídica*<sup>29</sup>. Nesse contexto, teria a legalidade a finalidade de garantir que a atuação estatal seja dotada de previsibilidade, conferindo aos cidadãos uma desejável confiança de que estão agindo dentro ou fora da esfera do lícito, bem como a consciência das consequências jurídicas de uma hipotética transgressão<sup>30</sup>. Apesar de um certo grau de acerto nesse pensamento, ele é inidôneo para justificar adequadamente a qualidade categórica do princípio da legalidade penal. O grande problema, aqui, é que a legalidade penal não é uma condição lógica necessária para a segurança jurídica. Dessa forma, caso se demonstrasse que tal segurança poderia ser conferida por outra forma, a legalidade tornar-se-ia, no mínimo, descartável. Pense-se, por exemplo, que é possível sustentar que as pessoas teriam mais confiança caso a tipificação de crimes fosse realizada por meio de propagandas frequentes, em vez de ser realizada numa lei escrita (argumento similar ao utilizado *supra* para refutar a legalidade como um pressuposto da culpabilidade). Como consequência disso, a legalidade ficaria sempre suscetível a outras noções de utilidade, podendo ser relativizada caso fosse conveniente para a política criminal concreta do momento. Por essas razões, apesar de a segurança jurídica ser desejável, não é o que motiva a existência do princípio da legalidade penal.

Alguns juristas sustentam que a legalidade tem fundamento em mais de um desses valores de forma combinada<sup>31</sup>, o que aparenta ser,

<sup>29</sup> Criticamente, BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., p. 47-48; GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto...* op. cit., p. 190-191.

<sup>30</sup> Cf. AMARAL, Claudio do Prado. Op. cit., p. 87.

<sup>31</sup> Exemplificativamente, REALE JR, Miguel. Op. cit., p. 35-36.

no mínimo, temerário. A grande questão, aqui, é definir se a legalidade penal, na forma da célebre fórmula de Feuerbach, é somente um emaranhado de regras (lei estrita, escrita, prévia e certa) ou se o conjunto forma um ente novo. Em outras palavras: o princípio da legalidade penal é na verdade a mera junção de quatro regras ou as quatro regras, quando juntadas, formam algo homogêneo? Se o princípio da legalidade penal não é a mera junção dessas regras, mas um verdadeiro princípio de natureza una, se ele representa a união indissolúvel dos postulados da lei prévia, escrita, estrita e certa, este não pode simplesmente estar fundado em diversos fundamentos na forma como alguns autores defendem.

Isso porque, conforme visto pelo exposto até aqui, essas tentativas de fundamentação da legalidade penal visam a justificar as regras ali contidas, e não o conjunto na sua forma indissolúvel. É esse o centro do problema da insuficiência das tentativas de justificação do princípio até aqui: ao buscar a fundamentação do princípio analisando-o como a mera soma das regras ali contidas, ou seja, de forma heterogênea, caiu-se repetidamente na insuficiência das justificações. É por isso que a democracia, a separação de poderes, a culpabilidade e a segurança jurídica são insuficientes para justificar a legalidade penal como um princípio de caráter homogêneo. Solucionar o problema defendendo que o *nullum crimen* se fundamenta em algum tipo de combinação desses princípios é manter a visão equivocada de que a legalidade penal é a mera soma das quatro regras já enumeradas.

E por que, então, o princípio da legalidade penal não é um mero conjunto heterogêneo de regras, mas constitui, por outro lado, um conjunto homogêneo dessas? Para compreender isso e chegar à verdadeira *ratio* da legalidade penal, é preciso entender os fundamentos do exercício de poder de um Estado de Direito, *pois a legalidade estabelece justamente a forma da atuação estatal*. O exercício justificado do poder estatal deve diferenciar-se de poderes diversos, como, por exemplo, aquele exercido por uma organização criminosa em uma determinada área. Veja-se, por exemplo, o incrível exercício de poder do tráfico de drogas, das máfias, das organizações paramilitares e de outros grupos não estatais ao longo da história de diferentes locais do planeta. E que essas organizações não podem ser equiparadas a um Estado de Direito, isso fica evidenciado pelo seguinte fato: quando uma organização hipotética dessas cumpre um papel que normalmente é atribuído ao Estado, como, por exemplo, a garantia da segurança em um determinado território, não raro ela

é elogiada. Por outro lado, se o Estado cumpre o seu papel, ele não é digno dos mesmos elogios, por estar, evidentemente, somente realizando medidas pelas quais ele fora concebido. Da ideia de Estado de Direito, portanto, afasta-se *prima facie* a mera concepção de uma organização que exerce poder em determinado território. Portanto, é preciso saber a diferença entre um poder estatal justificado e um mero exercício arbitrário de poder.

O Estado nada mais é que uma criação dos indivíduos para os próprios indivíduos. Em outras palavras, a atuação estatal tem como escopo viabilizar o convívio social, buscando a preservação das esferas de liberdade individuais. Didaticamente, pode-se vislumbrar o Estado como resultado de um hipotético acordo<sup>32</sup> em que cada indivíduo dispõe de uma parcela de sua liberdade natural, para que seja possível preservar a própria liberdade como valor, visando a impedir possíveis violações dos mais fortes contra os mais fracos. Resumidamente, a finalidade é proporcionar um ambiente onde todo ser humano tenha a faculdade de desenvolver-se livre e pacificamente, desde que respeitando a liberdade dos demais<sup>33</sup>.

Mesmo que, no nível da filosofia política, o leitor não seja partidário de uma teoria contratualista, aqui o fundamental é conceber que a ideia de Estado de Direito não pode se afastar da busca pela preservação dos direitos subjetivos. E os direitos subjetivos nada mais são do

<sup>32</sup> A figura do pacto social, para a validade do pensamento, não depende de um efetivo acontecimento fático do acordo constitutivo da sociedade. O importante é observar a teoria como um instrumento explicativo acerca da função primordial de um Estado. Cf. KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos da doutrina do direito**. Trad. Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 62-65 e 126-127; NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 18-23; RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 12-24 e 127-136. Schünemann, por exemplo, defende que o contrato social “está pressuposto em toda e qualquer constituição”. SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 9-37, 2005, p. 15.

<sup>33</sup> Cf., por exemplo, ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em cheque. Trad. Alaor Leite. In: LEITE, Alaor (org.). **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 86: “o consenso fundamental em nossa sociedade é precisamente aquele que determina que cada um pode desenvolver sua personalidade livremente de acordo com suas preferências, até o momento em que o desenvolvimento de outrem ou os pressupostos jurídicos desse desenvolvimento estejam lesionados.”

que esses espaços de liberdade juridicamente preservados<sup>34</sup>, de modo que é possível chegar à fórmula geral acima enumerada partindo-se simplesmente dessa ideia.

Tendo essa noção como ponto de partida, o fundamento da legalidade penal gravita na ideia de *domesticação do poder estatal*<sup>35</sup>. Isso significa que o exercício do poder estatal na restrição de direitos fundamentais deve seguir parâmetros de respeito aos indivíduos, finalizando a justificação do poder, pois este é exercido instrumentalmente para a potencialização das liberdades humanas. Somente nesse contexto é possível entender a ideia de legalidade penal nas suas quatro vertentes (irretroatividade, proibição de indeterminação, vedação da analogia e proibição do uso do direito costumeiro): o princípio nada mais é que um dos requisitos necessários para a justificação do poder estatal conferido pelos indivíduos, para os indivíduos.

Sendo o direito penal um instrumento que restringe as liberdades individuais de forma mais intensa e qualificada, a legalidade penal diferencia-se de uma noção mais geral de legalidade, que permitiria recursos não permitidos em seara penal. Tratando-se de um ato extremo de coação, uma restrição direta e potente sobre direitos subjetivos, é imperativo que o poder punitivo estatal seja mais restrito, de modo que esteja justificado a todos, inclusive e principalmente ao próprio apenado.

## 5. Enfrentamento do problema

Feitas as necessárias anotações, cabe agora responder ao problema colocado na introdução deste estudo. A solução a ser proposta não terá caráter de tudo ou nada: não se trata de afirmar que as técnicas

<sup>34</sup> Isso porque os direitos subjetivos são dotados de uma dupla estrutura: por um lado, está a função de gozo do direito subjetivo e, por outro, a sua função de exclusão. A primeira determina que o titular do direito pode gozar do bem como bem entender e a segunda prescreve que o titular do direito está autorizado a afastar terceiros da intervenção não permitida sobre o objeto do seu direito. Dessa forma, o direito de uma pessoa não pode, por uma questão lógica, invadir a seara do direito de outrem, de modo que os direitos devem, por definição, conviver em harmonia. Sobre o tema, cf. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 111-122; Renzikowski, Joachim. Teoria das normas e dogmática jurídico-penal. Trad. Alaor Leite. In: Leite, Alaor; Teixeira, Adriano; Assis, Augusto (orgs.). **Direito penal e teoria das normas**: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 35.

<sup>35</sup> Greco, Luís. Lo vivo y lo muerto... op. cit., p. 197.

de reenvio violam ou não o princípio da legalidade penal, mas sim de aduzir quais são os requisitos necessários para que não violem. Com isso, será possível afirmar quais tipos penais que contêm técnicas de reenvio efetivamente violam a legalidade penal.

O leitor pode estar se perguntando o porquê desse afastamento do tudo ou nada, na medida em que ainda não ficou claro qual seria o caminho correto. Para esclarecer isso, será necessário recorrer a uma figura cada vez mais relevante nos estudos sobre imputação no direito penal: a teoria da imputação objetiva. Trata-se de um instrumento para aferir se um delito é imputável a uma pessoa a nível de tipicidade, partindo-se da premissa de que nem toda causação naturalística de um resultado pode levar à conclusão de que este deve ser imputável ao agente. Para isso, é preciso observar, em linhas gerais, se houve a criação ou incremento de um risco juridicamente desaprovado (desvalor da ação) e a realização deste risco no resultado (desvalor do resultado)<sup>36</sup>.

Para o que aqui importa, veja-se a figura do *risco permitido*<sup>37</sup>, o qual é comumente justificado pela doutrina numa ideia de ponderação de interesses<sup>38</sup>. Em razão do paulatino desenvolvimento do conhecimento tecnológico ao longo dos anos, a sociedade chegou a um momento em que, em nome do incremento da qualidade de

<sup>36</sup> Cf. GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 26; SANTIN, Janice. A imputação objetiva e sua aplicação nos delitos econômicos e empresariais. In: LOBATO, José Danilo; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 176-177.

<sup>37</sup> Vale observar que a figura do risco permitido também é aceita por autores que não adotam a teoria da imputação objetiva do resultado nos moldes imaginados por Roxin. Por exemplo, cf. JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general**. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 243-253; FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva del resultado: desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas**. Trad. Ivó Coca Vila. 1ª ed. Barcelona: Atelier, 2015, p. 67-70.

<sup>38</sup> Apesar de não ser o escopo do trabalho, deixo aqui registrado que tenho as minhas dúvidas quanto à extensão e correção do argumento da ponderação de interesses. Sobre isso, Cf. GRECO, Luís. Um panorama... op. cit., p. 50-58, que alerta para os perigos da lógica consequencialista da ponderação de interesses, defendendo que ela só pode entrar em cena nos casos em que não se trata de um núcleo imponderável e absoluto de liberdade humana. Ademais, já tive a oportunidade de dissertar sobre isso em AMARAL, Rodrigo. Somente se proíbem condutas humanas: um estudo sobre a perspectiva *ex ante* e a imputação no direito penal. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, p. 57-85, 2020.

vida humana e da exploração do conhecimento científico adquirido, algumas atividades intrinsecamente perigosas são permitidas<sup>39</sup>. É o caso, por exemplo, da condução de veículos automotores, em que há normas específicas que regulam essa atividade. Se, por algum motivo, o agente, apesar de respeitar as regras de trânsito, envolve-se num acidente, *a priori*<sup>40</sup>, não gera um resultado típico, tendo em vista que o risco criado estava permitido<sup>41</sup>.

No entanto, aproveitando o exemplo do acidente de trânsito, suponha-se que o agente, respeitando todas as regras do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), tenha causado a morte de uma pessoa. A partir de uma teoria causal ou final da conduta, teria que se afirmar a ação típica de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB). A vantagem da teoria da imputação objetiva é o reconhecimento de que existem atividades perigosas que não devem ser proibidas, de modo que, se um agente age dentro das regras, a ele não deve ser imputado o resultado<sup>42</sup> já no nível de tipicidade<sup>43</sup>. Entretanto, a redação do tipo penal *per se* nada fala sobre isso, considerando típica a conduta de “praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor”. Desse modo, a

<sup>39</sup> Se essa é a melhor forma de conceituar o instituto do risco permitido, é algo que terá de ficar, aqui, em aberto. Aqui somente é possível apontar um outro caminho: muitas vezes as pessoas só poderão gozar de seus direitos subjetivos por meio de atividades perigosas, de modo que cabe ao direito determinar em que medida o risco em questão deve ser tolerado. Trata-se da ideia geral de harmonização ou conformação de esferas de liberdade, que é, na realidade, o pano de fundo do fundamento da existência do Estado, exposto brevemente *supra*, no fim do item 3.

<sup>40</sup> Na teoria da imputação objetiva, a norma extrapenal tem uma função importante, mas não suficiente para a determinação do risco permitido, sendo necessário observar as particularidades de cada caso concreto. Cf. *Ibidem*, p. 59-63.

<sup>41</sup> Nesse sentido, cf. ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. Trad. Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 39, p. 11-31, 2002, p. 17.

<sup>42</sup> “A criação de um risco permitido ou proibido aparece unida à não-observância de normas de diligência estabelecidas para o exercício de uma determinada atividade, de tal maneira que, a pessoa que as observa, ainda que cause um resultado lesivo, não responderá por este.”. SANTOS, Humberto Souza. **Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva**. 1ª ed. Barueri: Manole, 2004, p. 119.

<sup>43</sup> “Mesmo que da ação permitida advenha algum resultado danoso ao bem jurídico, apesar da observância de todas as normas de segurança orientadas para a prática da conduta, esta não será uma ação típica, seja ela praticada a título de dolo ou culpa.”. SANTIN, Janice. Op. cit., p. 183.

teoria da imputação objetiva insere um *juízo valorativo restritivo* a nível de aferição de tipicidade da conduta<sup>44</sup>.

Um leitor mais atento poderá observar que esse juízo valorativo acerca do risco permitido muito se assemelha, por exemplo, ao termo “em desacordo com disposição legal” contido no já citado artigo 178, CP, ou à disposição “sem autorização escrita da sociedade emissora” contida no art. 2º da Lei n.º 7.492/86<sup>45</sup>. Essa semelhança ocorre em razão da função dessas expressões nos respectivos tipos legais. Por exemplo, eliminando-se o termo “sem autorização escrita da sociedade emissora”, o art. 178, CP disporia “emitir conhecimento de depósito ou warrant”, o que significa dizer que toda emissão de conhecimento de depósito ou warrant seria um ato típico. Dessa forma, esses termos também inserem um *juízo valorativo restritivo* no que tange à delimitação da conduta típica. Em outras palavras, utilizando ainda o exemplo do art. 178, CP, caso o elemento em branco “em desacordo com disposição legal” não existisse, todas as emissões de conhecimento de depósito seriam criminosas, o que seria evidentemente abusivo. O que se fez foi delimitar, assim, quais emissões são penalmente relevantes e quais constituem condutas atípicas.

Portanto, já é possível fazer uma primeira afirmação: as técnicas de reenvio assemelham-se ao risco permitido da imputação objetiva na medida em que ambos constituírem *juízos valorativos restritivos* acerca da relevância típica de uma conduta humana<sup>46</sup>. Pode-se chamar, assim, esse método de *teste do risco permitido*: se se aceita a teoria da imputação objetiva como forma idônea de imputação, sem questioná-la à luz da

<sup>44</sup> “Não há imputação, da mesma forma, se falta a realização do risco não permitido. Esclarece Roxin que, em casos de risco permitido, a imputação ao tipo objetivo pressupõe a infração do limite autorizado e, com isso, a criação de um perigo não permitido”. ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal**. 1ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 52; “se certos resultados acontecem em decorrência deste risco permitido, não se pode imputar um prejuízo ocorrido a quem se manteve dentro deste limite.”. BRITO, Alexis Couto de. **Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 192.

<sup>45</sup> *In verbis*: “Art. 2º Imprimir, reproduzir ou, de qualquer modo, fabricar ou pôr em circulação, sem autorização escrita da sociedade emissora, certificado, cautela ou outro documento representativo de título ou valor mobiliário”.

<sup>46</sup> Segundo vejo, o primeiro, ao menos no Brasil, a observar essa semelhança foi GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 58, 152-194, 2006, p. 167-171.

legalidade penal, não há motivos para deslegitimar uma técnica de reenvio *se esta cumpre uma função análoga* à do risco permitido, que é a de restrição do âmbito do penalmente relevante.

Um observador mais exigente ainda não ficará satisfeito com o teste do risco permitido, tendo em vista que, apesar de sua força intuitiva, ainda não está respondida a principal questão das técnicas de reenvio: como essas figuras podem se harmonizar com o princípio da legalidade penal? Para que isso ocorra, o conteúdo-base do injusto precisa estar disposto na norma. Isso significa que a conduta típica deve estar expressa de forma clara na redação do tipo penal correspondente. Usando o citado exemplo do art. 2º da Lei n.º 7.492/86, sua conduta típica consistirá sempre em “imprimir, reproduzir ou, de qualquer modo, fabricar ou pôr em circulação” um “certificado, cautela ou outro documento representativo de título ou valor mobiliário”, desde que “sem autorização escrita da sociedade emissora”. Portanto, aqui fica claro o conteúdo da proibição: a realização de um verbo (“imprimir, reproduzir ou, de qualquer modo, fabricar ou pôr em circulação” “certificado, cautela ou outro documento representativo de título ou valor mobiliário”) em desacordo com uma certa condição (“sem autorização escrita da sociedade emissora”).

Essa configuração pode ser traduzida na seguinte equação:  $V$  (verbo proibido) +  $C$  (condição em que a realização do verbo está proibida) =  $T$  (conduta típica). Sempre que um tipo penal se utilizar de uma técnica de reenvio para dispor somente sobre  $C$ , a legalidade penal estará respeitada. E isso porque, dentro dessas condições, a técnica de reenvio terá sempre caráter *delimitativo* e *não constitutivo* do conteúdo do tipo penal. Ou seja, o conteúdo-base da conduta proibida é  $V$ , motivo pelo qual o substrato significativo do verbo que constitui o tipo nunca poderá ser remetido a outra norma. Portanto, para a determinação do âmbito do proibido, o essencial à luz da legalidade penal é a constatação do significado do verbo proibido. As circunstâncias em que a conduta deve ser executada não são constitutivas do conteúdo do tipo penal.

Ou seja, quando um cidadão for condenado pelo cometimento de um tipo penal que contenha uma técnica de reenvio, ele precisa ter a ciência de que realmente realizou a conduta descrita no texto legal. Com isso, o poder estatal estará *justificado* no plano da legalidade. E isso só será possível quando o conteúdo-base constitutivo da conduta típica – isto é, o significado do verbo a ser realizado – *estiver contido na redação do tipo penal*. Não faria sentido para o próprio indivíduo questionar,

dentro da citada fórmula “ $V + C = T$ ” que  $C$  tenha sido remetido a outra norma, tendo em vista que essa técnica tem o condão de *limitar o âmbito de alcance do tipo penal*. Eliminar  $C$  do texto legal acarretaria um significativo incremento do âmbito do tipicamente relevante. Em outras palavras, quando a técnica de reenvio é feita nesses moldes, pode-se dizer que a mesma, ao estabelecer uma margem de atuação análoga ao risco permitido, possui a função de limitar as hipóteses de incidência do tipo penal, o que significa, dentro do contexto da opção política pela criminalização da conduta, um incremento nas possibilidades de ação legítima.

Pelo exposto, o *teste do risco permitido* é um instrumento idôneo para a aferição de legitimidade de uma técnica de reenvio, na medida em que, sempre que uma lei passar nesse teste, significará que essa técnica possui caráter *meramente delimitativo* do desvalor da ação. Dessa forma, a técnica de reenvio jamais poderá exercer uma função constitutiva do conteúdo de um tipo penal. Assim, quando a técnica de reenvio exercer função análoga ao risco permitido, ela será legítima à luz da legalidade penal.

## 6. O âmbito de aplicação do teste proposto

Um exemplo de figura típica que não passa no teste proposto é o artigo 68 da Lei 9.605/98: “deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental”. Verifique que “deixar de cumprir” é um verbo que, *per se*, nada diz. É possível deixar de cumprir uma ordem, uma obrigação moral imposta por si mesmo ou uma promessa, por exemplo. Isso porque “deixar” e “cumprir” são verbos transitivos, ou seja, necessitam de um complemento para que tenham sentido dentro de uma oração. O elemento em branco (“obrigação de relevante interesse ambiental”) complementa o significado do verbo típico, o que significa que possui, assim, *caráter constitutivo* do tipo penal.

Por outro lado, o delito do art. 2º, IV da Lei 8.137/90 tipifica a conduta de “deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento”. “Aplicar” e “deixar de aplicar” também são verbos que necessitam de complemento, que podem ser, *in casu*, “incentivo fiscal” ou “parcelas de imposto por órgão ou entidade de desenvolvimento”. Apesar de a técnica de reenvio também complementar o conteúdo do verbo, aqui há uma diferença essencial. Ao passo que o art. 68 da Lei

9.605/98 complementa o conteúdo do verbo com um elemento em branco, o art. 2º, IV da Lei 8.137/90 faz o mesmo por meio de elementos normativos do tipo.

Enquanto o elemento normativo do tipo mantém o desvalor da ação contido na sua própria redação legal, a lei penal em branco constitui um tipo aberto, ou seja, o seu elemento em branco remete um conteúdo do desvalor da ação para outra norma. Essa diferenciação será decisiva, pois demonstra que o *teste do risco permitido* só é um instrumento idôneo para excluir a legitimidade à luz da *lege certa* de um elemento em branco, mas não dos elementos normativos do tipo. Em outras palavras, retornando à fórmula “ $V + C = T$ ”, os elementos normativos do tipo, na medida em que não deslocam um conteúdo do desvalor da ação para fora do tipo, podem complementar o significado de  $V$ , enquanto os elementos em branco só podem estar contidos em  $C$ .

É possível, agora, valorar positivamente a legitimidade do art. 2º, IV da Lei 8.137/90 à luz do teste do risco permitido. Dentro da fórmula proposta, os seus elementos normativos (“incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento”) estão complementando o significado de  $V$ . Já o seu elemento em branco (“em desacordo com o estatuído”) somente limita o alcance do verbo “aplicar”, estando contido, portanto, em  $C$ .

Vale, ainda, observar mais um exemplo. Trata-se do delito de evasão de divisas, tipificado no art. 22 da Lei 7.492/86, cujo *caput* proíbe o ato de “efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País”. Fazendo-se uma avaliação da fórmula “ $V + C = T$ ”, deve-se atentar para o fato de que a constituição de  $V$  se limita ao termo “efetuar operação de câmbio”, estando a característica “não autorizada” presente em  $C$ . Uma leitura apressada poderia concluir que o predicado “não autorizada” pertenceria a  $V$ , o que levaria à equivocada conclusão de que a figura típica não passaria pelo teste do risco proibido. No entanto, veja-se que para uma sentença o que importa é o seu conteúdo significativo, e não a forma como está empregada, visto que existem maneiras diferentes de expressar a mesma coisa. Dizer, por exemplo, que “Leslie venceu a eleição” significa a mesma coisa que afirmar que “a eleição foi vencida por Leslie”<sup>47</sup>. Para a fórmula aqui proposta, o predicado “não autorizada” faz parte de  $C$ , isto é, representa a

<sup>47</sup> Exemplo extraído de COPI, Irving M.; COHEN, Carl; McMAHON, Kenneth. **Introduction to logic**. 14ª ed. Harlow: Pearson, 2014, p. 4.

condição em que o verbo está sendo realizado. Uma frase com o mesmo conteúdo de significação seria “efetuar operação de câmbio, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País”. Em suma: nem toda operação de câmbio é proibida, mas somente aquelas não autorizadas pelo detentor do poder público, havendo, portanto, uma restrição do âmbito de alcance do verbo típico. Portanto, visto que somente um elemento normativo do tipo – “operação de câmbio” – faz parte de *V*, a figura típica da evasão de divisas passa pelo teste do risco permitido<sup>48</sup>.

É possível delimitar com mais clareza quando uma técnica de reenvio é delimitativa ou constitutiva do conteúdo do injusto. Por exemplo, pense-se no exemplo do furto, tipificado no art. 155, CP, que proíbe a conduta de “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”. O termo “alheia” é um elemento normativo do tipo, que realiza a função não de complementar, mas de delimitar o alcance do verbo “subtrair”. Como é possível chegar a essa conclusão? Aqui propõe-se um exercício de eliminação hipotética do elemento normativo da redação do tipo penal. No exemplo do furto, eliminando-se “alheia”, a redação seria “subtrair, para si ou para outrem, coisa móvel”. Dessa forma, o texto continua sendo inteligível, ou seja, é possível entender o conteúdo da proibição. Por outro lado, quanto ao citado artigo 68 da Lei 9.605/98, o qual afirmei ser ilegítimo em razão de a técnica de reenvio constituir o significado do verbo proibido, eliminando-se tal técnica, ficaria assim redigido: “deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir”. Aqui, o leitor possivelmente está indagando: *cumprir o quê?*

Pode-se ver, dessa forma, que *uma técnica de reenvio será constitutiva do desvalor da conduta quando não for possível suprimi-la sem fazer com que o significado do verbo fique ininteligível*. Por outro lado, se se eliminar mentalmente a técnica de reenvio e a redação do tipo penal continuar tendo um significado inteligível, essa técnica será meramente restritiva do significado do verbo contido no tipo. Essa conclusão é lógica partindo-se do conceito de *necessidade*: será necessário num conceito tudo aquilo que não puder ser suprimido sem que o conceito deixe de existir.

<sup>48</sup> Entendendo que as figuras típicas do delito de evasão de divisas estão “devidamente especificadas”, mas sem explicar suficientemente o porquê, FORNAZARI JUNIOR, Milton. A legitimidade do crime de evasão de divisas como norma penal em branco e sua legislação integradora. **Revista Criminal**: ensaios sobre a atividade policial, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 181-206, 2008, p. 183-184.

Assim, quando um determinado trecho da redação legal é elemento necessário do injusto, então ele *constitui* aquele injusto. Quando o trecho não é elemento necessário do injusto, então ele somente limita a sua incidência. Com isso, parece possível ajustar a fórmula inicial “ $V + C = T$ ” a “ $N + C = T$ ”, onde  $N$  representa todos os elementos necessários do injusto (verbo + seu complemento constitutivo) e  $C$  é o complemento que determina em que condições a conduta deve ser realizada para ser proibida e que, portanto, limita a incidência do tipo penal. Nessa fórmula, somente os elementos normativos do tipo podem fazer parte de  $N$ , jamais os elementos em branco, que só poderão integrar  $C$ .

## 7. A remissão a atos administrativos e a reserva legal penal

Merece especial reflexão, ainda, a questão da remissão a ato administrativo concreto. Isso porque existem duas formas de remissão ao direito administrativo: (i) por meio do uso de um *elemento em branco*, transferindo o seu conteúdo para o âmbito administrativo; ou (ii) a *remissão a um ato administrativo concreto*, que mantém o desvalor da ação na redação do tipo penal. Deve-se ter em vista que o teste acima foi formulado sob a estrita ótica da taxatividade do tipo penal, sem considerar o problema da reserva de competência do legislador federal para criar crimes e penas.

Apesar de ambos manterem o conteúdo do desvalor da ação na redação do tipo penal, o elemento normativo do tipo difere intrinsecamente da remissão a ato administrativo concreto. Enquanto o primeiro diz respeito somente à fonte de aferição do significado de um termo, o segundo constitui um ato efetivo do Poder Executivo. Dessa forma, os institutos não operam sob a mesma lógica, de modo que o elemento normativo do tipo é dotado de universalidade, enquanto o ato administrativo é casuístico. Para ser mais claro, observe-se que o já citado termo “alheia” do furto tem vigência universal, o que significa que o *conceito* de coisa alheia móvel não muda conforme o caso. Por outro lado, o ato administrativo concreto é eminentemente casuístico: o fato de a Administração Pública conferir uma licença a  $A$  não significa necessariamente que conferirá a  $B$ .

Além disso, o elemento normativo do tipo é *conceitual*, enquanto o ato administrativo é *permissivo*. Em outras palavras, a técnica de reenvio no art. 155, CP tem como escopo *definir o que é* “coisa alheia móvel”. Por outro lado, um ato administrativo concreto tem o condão de versar sobre a *permissão* de uma conduta do particular, dentro de certos parâ-

metros estabelecidos pela Administração Pública. Veja-se, portanto, que a remissão a ato administrativo diz respeito a um juízo de valor concreto do Poder Executivo sobre uma pretensão igualmente concreta. Por outro lado, o elemento normativo do tipo diz respeito a um conceito geral, sem um juízo de valor *per se* acerca de uma conduta concreta.

É necessário atentar para o fato de que a regra constitucional do art. 22, I<sup>49</sup> fixa a *competência* exclusiva do Poder Legislativo Federal para dispor sobre matéria penal. Ou seja, somente o Congresso Nacional é competente para *constituir o desvalor jurídico-penal de uma ação*. Portanto, a reserva legal penal determina que somente o Poder Legislativo Federal tem competência para dizer quais condutas são penalmente relevantes. Como o ato administrativo concreto dispõe sobre a permissão do Executivo em relação a uma conduta, esse elemento não pode ser *constitutivo* do tipo penal. Caso contrário, estaria possibilitada a punição da mera desobediência administrativa. Por isso, o teste do risco permitido deve limitar também as remissões a atos administrativos. Mais concretamente, na fórmula “ $N + C = T$ ”, a remissão a ato administrativo só pode estar contida em *C*, nunca em *N*.

Com o exposto acima, torna-se possível responder apenas parcialmente à questão constitucional da reserva legal penal. Ou seja, as técnicas de reenvio violam a regra constitucional de que somente lei federal pode versar sobre matéria penal? Neste ponto, a resposta deve ser um *parcial não*, desde que o tipo penal em questão seja aprovado no *teste do risco permitido*, pelos motivos já aduzidos nesta sede. Outro seria o caso, por exemplo, se o legislador recorresse à tautologia de redigir algo na configuração “desrespeitar ato administrativo”. Com isso, *o desvalor da ação teria sido remetido inteiramente* para a esfera administrativa, motivo pelo qual estaria configurada uma verdadeira *fraude de etiquetas*. Caso isso ocorresse, a Administração Pública teria plenos poderes para definir crimes, violando-se a regra contida no art. 22, I da Constituição.

Entretanto, o teste proposto só se aplica para a estrita aferição da adequação da redação de um tipo penal. Por outro lado, questões atinentes exclusivamente ao conteúdo da norma administrativa não podem ser exploradas nos estritos limites desta investigação, motivo pelo qual esse ponto terá que ficar, por ora, em aberto. O que pode ser apontado, de

---

<sup>49</sup> *In verbis*: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

forma bem superficial, é que já existem caminhos promissores a seguir, como a exploração das possibilidades de aumento do alcance do erro de proibição<sup>50</sup> ou a aplicação do princípio da confiança<sup>51</sup> para excluir a responsabilidade penal já no nível da tipicidade.

## 8. Sobre o conteúdo remetido

Quando a redação de um tipo legal passar pelo teste do risco permitido, será ainda necessário, portanto, averiguar o conteúdo da norma em que o conteúdo típico foi remetido. Isso porque o teste proposto só pode analisar a legitimidade da estrutura do tipo penal, mas não versar sobre o conteúdo da norma destinatária. E, em nome do respeito à proibição de indeterminação (*lege certa*), a delimitação dos parâmetros do risco permitido deve ter contornos bem definidos, para que o cidadão tenha plena ciência do âmbito do proibido, e, assim, ter a faculdade de conduzir-se nos limites da legalidade<sup>52</sup>.

Caso contrário, em vez de garantir liberdades, estar-se-ia criando uma grande zona cinzenta de indeterminação, onde qualquer movimento estatal não estaria justificado, dando azo ao arbítrio. Com isso, fica pendente de esclarecimento quando a lei remetida viola frontalmente a legalidade penal, devendo-se declarar a sua inconstitucionalidade, ou quando o problema da indeterminação pode ser superado por intermédio de uma interpretação restritiva do âmbito do punível<sup>53</sup>.

Ademais, o cidadão ter a possibilidade de conhecer com exatidão o âmbito do proibido tem, também, estreita relação com a teoria

---

<sup>50</sup> Um bom exemplo de proposta nesse sentido pode ser encontrado em LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>51</sup> Proposta de GRECO, Luís, A relação entre o direito penal e o direito administrativo..., op. cit., p. 189-191. Para um estudo mais detalhado sobre o princípio da confiança, cf. FIDALGO, Sónia. **Princípio da confiança e crimes negligentes**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2018; SIQUEIRA, Flávia. **O princípio da confiança no direito penal**. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

<sup>52</sup> Isso será especialmente importante desde a perspectiva da teoria das normas, em razão da função de determinação da norma, na medida em que a proibição perderá o sentido se o seu destinatário não puder ter condições de, no momento da sua conduta, decidir se deseja respeitar ou violar a norma. Cf. RENZIKOWSKI, Joachim. Op. cit., p. 33 (nota de rodapé n.º 43).

<sup>53</sup> É possível observar alguns exemplos de julgados nesse sentido em MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de direito penal**: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 278-379.

da pena. Isso ocorre se se partir da premissa que a tipificação de condutas com vistas à proteção de bens jurídicos ou direitos subjetivos<sup>54</sup> opera-se pela lógica da prevenção geral negativa. Todavia, versar mais sobre os parâmetros de determinação da norma remetida extrapolaria os estritos limites deste estudo, motivo pelo qual essa pergunta permanecerá em aberto, aguardando novas contribuições para a definição do problema.

## 9. Conclusão

O disposto no presente estudo não tem o condão de conferir ao teste do risco permitido uma ambiciosa função de ser o único parâmetro de aferição de legitimidade de uma técnica de reenvio. É possível que, com o aprofundamento de posteriores investigações, descubra-se novos métodos de verificação de legitimidade de técnicas de reenvio à luz do princípio da legalidade penal.

O teste proposto serve como um primeiro nível de avaliação, constituindo o estabelecimento do mínimo que uma técnica de reenvio deve atender para não desrespeitar os parâmetros estabelecidos pela legalidade penal. Além disso, vale ressaltar mais uma vez que os elementos normativos do tipo, na medida em que não transferem o desvalor da ação para fora do tipo penal e não possibilitam a criminalização da conduta em razão da mera desobediência ao ato administrativo, podem servir de complemento ao significado dos verbos típicos.

Entretanto, outras questões atinentes à legalidade penal, à separação de poderes ou à isonomia no que tange às diversas questões que envolvem a regulação administrativa do direito ambiental extrapolam os limites deste trabalho. Somente pontuei, de forma superficial, que um caminho promissor pode ser o aumento do âmbito do erro de proibição em tais casos.

Portanto, este trabalho não poderia versar sobre o conteúdo da norma a qual o tipo penal fez a remissão. Destarte, a questão da legalidade penal no que tange à matéria fica em aberto para posteriores considerações. Por outro lado, o teste do risco permitido pode significar um novo caminho a ser explorado para a resolução da aparente (e muitas vezes real) tensão entre técnicas de reenvio e legalidade penal.

---

<sup>54</sup> Isso dependerá da corrente teórica adotada, o que, no entanto, não influencia a presente proposição. Sobre isso, cf. a monumental tese de doutorado de GRECO, Luís. *Lo vivo... op. cit.*, principalmente p. 205-339.

## Referências

- AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios penais**: da legalidade à culpabilidade. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2003.
- AMARAL, Rodrigo. Somente se proíbem condutas humanas: um estudo sobre a perspectiva *ex ante* e a imputação no direito penal. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, p. 57-85, 2020.
- ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. **Dos crimes contra a ordem econômica**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BRITO, Alexis Couto de. **Imputação objetiva**: crimes de perigo e direito penal brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- COPI, Irving M.; COHEN, Carl; McMAHON, Kenneth. **Introduction to logic**. 14ª ed. Harlow: Pearson, 2014.
- FIDALGO, Sónia. **Princípio da confiança e crimes negligentes**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- FORNAZARI JUNIOR, Milton. A legitimidade do crime de evasão de divisas como norma penal em branco e sua legislação integradora. **Revista Criminal**: ensaios sobre a atividade policial, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 181-206, 2008.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 17ª ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva del resultado**: desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas. Trad. Ivó Coca Vila. 1ª ed. Barcelona: Atelier, 2015.
- GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 58, 152-194, 2006.
- GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. 1ª ed. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015.
- GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014.
- HORTA, Frederico. **Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo**: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

HORTA, Frederico. Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal, de Fábio Guaragni e Marion Bach. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 131, p. 483-494, 2017.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal, vol. 1, tomo I**: arts. 1º a 10. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 1997.

KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos da doutrina do direito**. Trad. Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LOBATO, José Danilo Tavares. **Direito penal ambiental e seus fundamentos**: parte geral. 1ª ed. 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de direito penal**: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: parte general. Trad. Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE JR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria das normas e dogmática jurídico-penal. Trad. Alaor Leite. *In*: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (orgs.). **Direito penal e teoria das normas**: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 21-55.

ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal**. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. Trad. Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 39, p. 11-31, 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general, tomo I**: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. da 2ª ed. Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em cheque. Trad. Alaor Leite. LEITE, Alaor (org.). **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 70-97.

SANTIN, Janice. A imputação objetiva e sua aplicação nos delitos econômicos e empresariais. In: LOBATO, José Danilo; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 167-209.

SANTOS, Humberto Souza. **Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva**. 1ª ed. Barueri: Manole, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 9-37, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed., rev. e atual. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SIQUEIRA, Flávia. **O princípio da confiança no direito penal**. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal: volume único**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

STORNINI, Natalia S. Consecuencias del principio “nullum crimen nulla poena sine lege”. **Revista jurídica argentina La Ley: derecho penal: doctrinas esenciales 1936-2010**, p. 1111-1123, 2011.

WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Regis Prado. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.